



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000287451

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0022218-62.2010.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes WELLINGTON CYRO DE ALMEIDA LEITE e WORK SERVIÇOS INDUSTRIAIS.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos de declaração para sanar omissão e, em reexame da matéria, alterado os fundamentos do acórdão para dar provimento aos apelos dos réus e julgar improcedente a ação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA LIARTE (Presidente) E PAULO BARCELLOS GATTI.

São Paulo, 24 de março de 2025

OSVALDO MAGALHÃES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 37.574/25

EMB. DE DECLARAÇÃO Nº 0022218-62.2010.8.26.0037/50000

COMARCA: ARARAQUARA

EMBARGANTE: WELLINGTON CYRO DE ALMEIDA LEITE

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERESSADOS: DEPARTAMENTO AUTONOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE ARARAQUARA e WORK SERVIÇOS INDUSTRIAIS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO. OMISSÃO QUANTO AO ELEMENTO SUBJETIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. I. Caso em Exame: 1. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa devido a aditamentos e reajustes indevidos em contrato administrativo no Município de Bueno de Andrade. O autor busca a anulação dos reajustes e aditamentos, ressarcimento dos valores e aplicação de penalidades administrativas. II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em determinar se houve dolo na conduta dos réus para configurar ato de improbidade administrativa, conforme exigido pela Lei nº 8.429/92, após as alterações da Lei nº 14.230/2021. III. Razões de Decidir: 3. A nova legislação exige comprovação de dolo e efetiva perda patrimonial para caracterizar improbidade administrativa. Não há evidências de que os réus agiram com intenção de obter vantagem ilícita. 4. As irregularidades nos aditivos e reajustes não demonstraram desvio de valores ou superfaturamento, sendo insuficientes para caracterizar ato de improbidade. IV. Dispositivo e Tese 5. Acolhidos os embargos de declaração para sanar a omissão, em reexame da matéria, a ação é julgada improcedente. Tese de julgamento: 1. A caracterização de improbidade administrativa exige dolo e comprovação de dano efetivo ao erário. 2. A mera ilegalidade sem dolo não configura improbidade.

I – Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de WELLINGTON CYRO DE ALMEIDA LEITE e WORK SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA, em razão de aditamentos e reajustes indevidos ao contrato administrativo de execução dos serviços de supressão e reabertura do abastecimento de água, assentamento e retirada de hidrômetros no Município de Bueno de Andrade. Pretende o autor a anulação dos reajustes e aditamentos, bem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

como o ressarcimento dos valores correspondentes, com a aplicação das demais penalidades administrativas previstas no art. 12, da Lei nº 8.429/92.

A r. sentença de fls. 449/451v, julgou parcialmente procedente a ação: *“para declarar a nulidade dos reajustes e aditamentos do contrato 952, firmado entre o DAAE - Departamento Autônomo de Água e Esgoto de Araraquara e a empresa WORK SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA, a partir do reajuste de 18/06/2003 (inclusive), estendendo-se a nulidade a todos os seus efeitos (empenhos e pagamentos), bem como condenar os requeridos à ressarcir os danos causados aos cofres da autarquia municipal, devendo restituir todos os valores adicionais gerados pelos aditamentos e reajustes referidos acima, a serem calculados em fase de liquidação de sentença, os quais deverão ser corrigidos monetariamente pela tabela do E. Tribunal de Justiça desde a data de cada pagamento até o efetivo cumprimento da condenação, acrescida dos juros de mora legais, a partir da citação. Os pagamentos deverão ser efetuados em benefício do DAAE (art. 18 da lei 8.429/92).”*

Recorreram o Ministério Público, Wellington Cyro de Almeida Leite e Work Serviços Industriais. Em seu recurso, o autor pleiteou que os réus fossem condenados também às penas da Lei de Improbidade Administrativa, previstas em seu art. 12. Os réus, por sua vez, requereram, em síntese, a improcedência da ação, por ausência de ilicitude do ato ou dolo.

Por votação unânime, a colenda 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público deste e. Tribunal de Justiça deu parcial provimento aos recursos do Ministério Público e dos corréus, para acrescentar à condenação a pena administrativa de proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 5 anos, bem como limitar o ressarcimento do dano apenas às revisões e evoluções do valor do contrato originário, e não às atualizações (fls. 609/620). Confira-se a ementa:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Prejuízo ao erário - Contrato administrativo de execução de reparos de vazamento em redes de distribuição e ramais domiciliares de água - Evolução e revisão do contrato que não pode se confundir com atualização, admitido pelo sistema jurídico vigente (art. 55,

da Lei nº 8.666/93) - Imprescindível para o reconhecimento do desequilíbrio do contrato a observância do art. 65, II, 'd', da Lei nº 8.666/93, não evidenciado no caso concreto - Dissídio coletivo de trabalho que se mostra previsível, não gerando o direito à revisão do contrato - Procedência parcial da ação mantido, como pequena reforma na dosimetria da pena administrativa aplicada, nos termos do art. 12, 'caput', e par. único, da Lei nº 8.429/92, como também a definição acerca no valor a ser apuração em liquidação referente a pena de ressarcimento integral do dano - Inépcia da Inicial ou carência da ação não evidenciadas - Não configurada a existência de Litisconsórcio passivo necessário - Agravo Retido conhecido e não provido - Recursos do Ministério Público e dos corréus Wellington e Work providos em parte".

Opostos embargos de declaração pelo corréu Wellington (omissão quanto a necessidade de demonstração do elemento subjetivo para fins de configuração de ato de improbidade), foram rejeitados nos seguintes termos (fls. 630/632):

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Civil Pública - Alegação de omissão, contradição e obscuridade no v. acórdão - Inexistência - Mero inconformismo com o julgado - Os embargos não se prestam para veicular inconformismo da parte com o decidido, não podendo ser considerada omissa, obscura ou contraditória a decisão, apenas porque reflete entendimento contrário ao defendido pela embargante - Embargos de

Interpostos Recursos Extraordinário (fls. 636/649) e Especial (fls. 655/687), foram sobrestados por decisão do Presidente da Seção de Direito Público, em razão da repercussão geral reconhecida no Tema 309 do STF: *"Alcance das sanções impostas pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal aos condenados por improbidade administrativa."* (fls. 704/705).

Em nova decisão, o Presidente da Seção de Direito Público, de ofício, reviu a decisão anterior na parte que determinou o sobrestamento do Recurso Especial, entendendo por manter apenas o Recurso Extraordinário sobrestado pelo Tema 309/STF (fls. 710/711).

Passando-se ao exame de admissibilidade do Recurso Especial, este foi inadmitido, com fundamento no art. 1.030, inciso V, do CPC (fls. 708/709).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Interposto Agravo em Recurso Especial (fls. 714/727), ele foi provido para **anular** “o acórdão dos Embargos de Declaração, a fim de que o Tribunal de origem se pronuncie, de maneira motivada, sobre a questão nele suscitada”. Isto porque “os Embargos de Declaração foram rejeitados, sem que tais questões fossem efetivamente apreciadas, **em especial, no tópico relativo à necessidade de demonstração da presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, para fins de configuração de ato de improbidade administrativa**. Assim, não tendo o Tribunal de origem emitido juízo de valor sobre o ponto, tem razão a recorrente, quando alega a existência de omissão no acórdão impugnado, tendo em vista que a questão sobre a qual a Corte de origem não se pronunciou é relevante e tem o condão, caso seja procedente, de alterar o julgamento, e, por conseguinte, a solução inicialmente dada à controvérsia. Destarte, resta configurada a violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015 e, assim, a negativa de prestação jurisdicional.” (fls. 745/748).

Com o retorno dos autos a esta Corte, foram redistribuídos a este relator (fl. 762).

É o relatório.

II – Os embargos de declaração, *data venia*, merecem provimento e, por conseguinte, a ação ser julgada improcedente.

Com efeito, após o v. acórdão reformar parcialmente a sentença original, incluindo a pena administrativa de proibição de contratar com o poder público por cinco anos e limitando o ressarcimento do dano às revisões e evoluções do valor do contrato original (fls. 609/620), o recorrente opôs Embargos de Declaração, alegando, em resumo:

"Como bem demonstrado, para cada aditamento realizado, houve um requerimento formalizado e o devido exame por processo administrativo próprio, com a exatidão de pareceres devidamente motivados, dando conta da licitude da contratação e de seus aditamentos. Aliás, todos os aditamentos sempre foram concedidos em valores inferiores aos Requeridos pela Corré, atendendo-se ao integral interesse da administração pública.

O Embargante, nesse contexto, atuou de boa-fé, confiando nos pareceres

técnicos exarados por diversas gerências do órgão público e, inclusive, fundamentado em entendimento exarado pelo C. Tribunal de Contas da União. Não se demonstrou - porque não existiu - qualquer espécie de conluio ou conduta do Embargante que tenha demonstrado desprezo às normas da probidade.

São todos os fatos aqui debatidos, simplesmente, frutos da confiança do Embargante - que não é da área jurídica - nos pareceres ofertados pelas gerências responsáveis no órgão público. Trata-se de divergência de interpretação jurídica.

E, ainda tratando da obscuridade presente na r. decisão, no que tange ao segundo trecho, parágrafo 2 às fls. 8 da r. decisão, a leitura dos registros realizados leva a conclusão que o ajuste aqui debatido simplesmente saltou do valor de R\$ 234.662,59 (duzentos e trinta e quatro mil, seiscentos e sessenta e dois reais, e cinquenta e nove centavos) para R\$ 1.436.954,38 (um milhão, quatrocentos e trinta e seis mil, novecentos e cinquenta e quatro reais, e trinta e oito centavos) por ano de contrato.

Tal premissa é equivocada. A contratação realizada pela prefeitura municipal foi de R\$ 234.662,59 para um ano de serviço, pagando-se inicialmente o valor mensal de R\$ 18.667,50. Ao fim do contrato, cinquenta e dois meses depois, a prefeitura pagou o valor mensal de R\$ 34.606,91 após as atualizações devidas e o aumento de demanda do contrato.

É dizer, ao contrário do que registrado, nunca houve o reajuste do contrato que implicasse no aumento de 512,35% (de R\$234.662,59 para R\$1.436.954,38) por ano de contrato.

Nesse contexto, imperioso que o v. acórdão sane os vícios acima apontados e, por fim, se manifeste expressamente sobre a forma como todos os fatos acima descritos importam na formação convicção do julgador quanto ao elemento subjetivo exigido para a procedência da demanda na Lei 8.429/92 (tendo em vista a omissão do v. acórdão quanto ao ponto). (fls. 262/627 – g. n.).

Como se observa, a matéria suscitada nos Embargos diz respeito à falta de apreciação, pela decisão recorrida, acerca do elemento subjetivo na conduta do agente público para fins de configuração de ato de improbidade administrativa, ponto que motivou a anulação da decisão dos Embargos de

Declaração pelo C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 745/748).

Estabelecidos tais fatos, inicialmente, observo que os Embargos de Declaração serão apreciados à luz das alterações trazidas pela Lei nº 14.203/2021 em relação à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), em atenção as teses vinculantes firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 843.989/PR, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, Tema nº 1.199 de Repercussão Geral:

“1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

[...]

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente”

Neste sentido, observa-se que a nova redação do “caput” do artigo 10, assim como seu inciso VIII, passou a exigir, expressamente, que os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, seja por ação ou omissão, devam, necessariamente, decorrer de condutas “**dolosas**” com “**efetiva e comprovadamente, perda patrimonial**”:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; (Redação dada pela

Lei nº 14.230, de 2021)

Na hipótese dos autos, a respeito das condutas imputadas aos réus pelo autor, com base no art. 10, incisos VIII e XII da LIA (frustrar a licitude do processo licitatório e permitir que terceiro se enriqueça ilicitamente), atenta leitura da petição inicial e das provas conduz à conclusão de que, de fato, não há elementos seguros que demonstrem que as condutas irregulares apontadas pelo autor tenham sido realizadas **com o fim especial de obter vantagem ilícita em proveito próprio ou de terceiros, ou ainda, tenham causado, comprovadamente, efetiva perda patrimonial do ente público.**

No caso, as irregularidades comprovadas nos autos restringiram-se aos aditivos e reajustes realizados no contrato administrativo (listados às fls. 4/5), os quais não observaram os limites e vedações estabelecidos pela legislação vigente, notadamente as disposições contidas no artigo 23, parágrafo 5º, e no artigo 65, inciso II, alínea 'd', da Lei nº 8.666/93:

Art. 23, § 5º: É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Art. 65: Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as parte pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação

dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Entendeu o autor, em razão dessas irregularidades, que restou configurada a frustração do processo licitatório, argumentando que *“É inegável que houve violação à Lei de Licitações, pois a soma do valor inicial do contrato e das prorrogações extrapola, em muito, os limites franqueados pela modalidade licitatória utilizada. Como afirmado na inicial, exorbitar desse campo é tão ilegal quanto contratar sem licitação. [...] Mas a questão não se resume a isso. Houve explícita infração aos limites do próprio contrato. O superintendente avalizou, sem maiores cuidados, os pedidos de reajustes de preços apresentados pela contratada. Apoiou-se em um falso desequilíbrio econômico-financeiro que, dissociado de qualquer excepcionalidade prevista na lei (art. 65, inc. II, "d" da LL), não justificava aumentos de valores.”* (fls. 208/209).

Por outro lado, quanto à imputação de enriquecimento ilícito da empresa, afirmou que *“A empresa contratada, por sua vez, também não escapa das consequências da improbidade administrativa. (...) Verificado o caráter espúrio da conduta do agente público, **basta a comprovação de que terceiro dela usufruiu para que também seja responsabilizado.** No caso em exame, ganha destaque o fato de que os sucessivos pedidos de aditamentos indevidos e ilegais partiram dos dirigentes da empresa. E nem se diga que não teriam obrigação de conhecer os limites da contratação. Conheciam perfeitamente os termos do edital e do contrato, agindo com dolo ao pleitear, inclusive de forma abusiva, os reajustes de preço que foram autorizados.”* (fls. 18/19).

Ocorre que, ao contrário do alegado, relativamente ao elemento subjetivo dolo, considerando o conjunto probatório existente, *data vênia*, não há como inferir que houve vontade livre e consciente de alcançar resultado ilícito nos atos indicados na petição inicial, ausente nos autos, inclusive, indícios de proveito indevido para si ou para terceiro.

Os aditivos que resultaram na evolução econômico-financeira para um patamar superior ao originalmente contratado, embora realizados de maneira irregular em função dos limites e vedações impostos pela legislação vigente e contrato (cláusulas rígidas), ao que consta dos autos, foram empregados com o

objetivo de cumprir os fins estabelecidos no contrato. Os serviços foram prestados e não há demonstração de desvio de valores ou superfaturamento, não sendo suficiente para a caracterização do ato improbo a alegação de que há presunção de dano pela frustração do caráter competitivo da licitação.

Não por outro motivo, ao sentenciar o processo, o Juízo de origem deixou de aplicar as demais penas previstas no art. 12, da LIA, asseverando que *“São incabíveis as demais cominações requeridas na inicial, **tendo em vista que não restou configurado o dolo dos requeridos**”* (fl. 451).

É certo que, se ao tempo da vigência da antiga Lei de Improbidade Administrativa admitia-se a presunção de dano ao erário para as condutas do art. 10, inciso VIII (frustração/dispensa indevida do processo de licitação), forte no entendimento de que a ausência de concorrência obsta a escolha da proposta mais vantajosa (vide, por exemplo: STJ REsp n. 1.718.916/BA, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2019, DJe 11/10/2019; AgInt no AREsp n. 416.284/MG, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 8/8/2019; AgInt no REsp n. 1.751.598/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 25/9/2018, DJe 28/9/2018), a situação atualmente é diversa, pois com a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, passa-se a exigir além de conduta dolosa, efetiva comprovação da perda patrimonial.

Aliás, não por outra razão, houve o cancelamento do Tema nº 1096/STJ (afetado em 01/06/2021), cujo objeto era justamente *“Definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (in re ipsa) ”*, confira-se:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL AFETADO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. DISPENSA INDEVIDA OU FRUSTRAÇÃO DE LICITUDE. CONFIGURAÇÃO OU NÃO DE DANO PRESUMIDO AO ERÁRIO (IN RE IPSA). SUPERVENIÊNCIA DA LEI 14.230/2021, COM ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. **CANCELAMENTO DO TEMA 1.096.** 1. Em julgamento finalizado em 1º/6/2021, a Primeira

Seção do STJ afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-C do RISTJ), para o fim de discutir a seguinte controvérsia: "Definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (in re ipsa) ". 2. **Após a afetação do Recurso Especial como representativo da controvérsia, sobreveio a Lei 14.230/2021, que alterou, profundamente, a Lei 8.429/92. A nova redação do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, resolve, aparentemente, a questão objeto da controvérsia afetada, dispondo que, para fins de configuração de improbidade administrativa, o ato deverá acarretar "perda patrimonial efetiva".** Além disso, existem profundos debates sobre as questões relacionadas ao real alcance da nova redação do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, bem como sua eventual retroatividade, que não foram objeto de discussão nos autos. 3. Levando em consideração essa situação e o disposto nos arts. 1.036, § 6º, e 104-A, I, do RISTJ, é prudente que eventual fixação de tese repetitiva sobre o tema seja realizada em recurso especial em que tenha havido ampla discussão sobre o alcance das inovações implementadas pela Lei 14.230/2021, o que não ocorreu no caso. 4. Questão de Ordem encaminhada no sentido de propor o cancelamento do Tema 1096, com a determinação de que os Recursos Especiais afetados tenham regular processamento, assim como os casos que tiveram andamento suspenso quando da afetação do tema." (QO no REsp n. 1.912.668/GO, relator Ministro Afrânio Vilela, Primeira Seção, **julgado em 22/2/2024, DJe de 19/3/2024.**)

Assim, não obstante a prova produzida tenha indicado a existência de ilegalidades e, conseqüentemente, dos elementos objetivos dos atos de improbidade, isso não permite, sem a necessária demonstração concreta, precisa e individualizada pelo autor acerca do dolo dos requeridos e, ainda, da demonstração da efetiva perda patrimonial, concluir pela suficiente demonstração do ato qualificado de improbidade administrativa, não sendo suficiente para sua caracterização, a mera presunção de dano pela frustração de licitação em valor superior ao permitido na lei de regência.

Do mesmo modo, o elemento volitivo consistente no comportamento doloso é exigido para as hipóteses do art. 11 da LIA, em que disciplinados os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública. Por pertinente, confira-se:

*“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a **ação ou omissão dolosa** que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:*

I - (revogado);

II - (revogado);

(...)

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

(...)

*§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, **somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.**” (g.n.).*

Assim, nos termos da nova legislação, tem-se por necessária para a responsabilização do agente, que o ato a ele imputado, além de expressamente previsto em uma das condutas tipificadas no rol do art. 11 da LIA, implique, ainda, em *“fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”*.

Portanto, como na hipótese não restou comprovado de que houve benefício indevido para os réus, o pedido de condenação fundado na frustração de licitação por simples desconformidade com a regra de regência, independentemente do elemento anímico do agente (dolo específico), é situação irregular que não se amolda ao rol previsto no novo texto e, por conseguinte, não se configura como ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido:

*“Improbidade Administrativa - Contratação temporária para prestação de serviços - Alegação de inexistência de situação emergencial a amparar as contratações - Condenação requerida com fundamento no artigo 11, caput e inciso I da Lei 8.429/92 - Alterações promovidas pela Lei 14.230/21 aplicáveis ao caso - Conduta não prevista no rol taxativo do artigo 11 da Lei 8.429/92, com a redação dada pela Lei 14.230/21 - **Ainda que assim não fosse, não comprovado o dolo, má-fé, vantagem indevida do agente público, intuito de beneficiar os contratados ou efetivo prejuízo ao erário capaz de fundamentar o reconhecimento do ato como ímprobo** - Sentença de improcedência mantida Recurso do autor desprovido”* (TJSP; Apelação Cível 1000553-23.2021.8.26.0025; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Angatuba - Vara Única; Data do Julgamento: 15/06/2023; Data de Registro: 19/06/2023).

*“APELAÇÕES - Ação de Improbidade Administrativa - Contratação de serviço de transporte escolar - Irregularidades em procedimentos licitatórios e em contratação direta - No que tange aos agentes públicos, o autor imputou-lhes a responsabilidade por conduta culposa concernente à frustração da licitude dos pregões, ante a participação dos demais réus integrantes do grupo familiar simulando uma competição, e por conduta dolosa quanto à contratação direta 102/13 em razão da ausência de situação emergencial e consequente hipótese de dispensa de licitação - Pretensão de reconhecimento de ato ímprobo como incurso nos termos do art. 10, VIII e, subsidiariamente, do art. 11, caput, ambos da Lei n.º 8.429/92. MÉRITO - Incidência das alterações operadas pela Lei n.º 14.230/21, em razão de inexistir coisa julgada - Observância das teses fixadas pelo C. STF em repercussão geral (Tema 1199) - R. sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor, reconhecendo a fraude em procedimentos licitatórios cometida pelas empresas e seus sócios e a indevida contratação direta perpetrada pelos agentes públicos - Pretensão de reforma - Cabimento - Ato de improbidade administrativa que se caracteriza por meio de conduta dolosa, com animus específico, praticada pelo agente público, com ou sem participação de particulares - **No caso, inexistência de conduta dolosa, com especial fim de agir, por parte dos agentes públicos, tanto nas licitações, quanto na contratação direta - Não provados a má-fé e/ou conluio entre os agentes públicos e os particulares - Imputação de conduta culposa no que tange às fraudes aos procedimentos licitatórios - Revogação da disposição que permitia o reconhecimento de ato ímprobo por conduta culposa - Atipicidade da***

conduta culposa como ato de improbidade administrativa - Quanto à contratação direta, a análise da situação concreta permite concluir que existia hipótese autorizadora de dispensa de licitação – Observância ao art. 22, da LINDB – Ainda que se pudesse suscitar irregularidades, não se comprovou o dolo específico dos agentes públicos – Contratação que foi precedida de pareceres jurídicos - Ademais, o art. 11, da LIA, passou a disciplinar um rol taxativo de condutas consideradas ímprobas, não sendo mais possível a condenação com fulcro somente em seu caput - Direito administrativo sancionador - Retroação em benefício do réu – Assim, por qualquer ângulo que se analise, inexistente ato ímprobo perpetrado pelos agentes públicos - Com isso, eventuais ilegalidades praticadas pelos réus particulares não se subsumem aos tipos previstos na LIA, sujeitando-os, porventura, aos termos da Lei Anticorrupção ou à ação civil pública comum, a depender da análise fática e temporal – Improcedência da pretensão reconhecida – Recurso do autor desprovido e recursos dos réus providos.” (TJSP; Apelação Cível 1052861-36.2016.8.26.0114; Relator (a): Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/06/2023; Data de Registro: 07/06/2023)

Assim, por mais grave que seja, a mera violação da legalidade, por si só, não caracteriza ato de improbidade administrativa. Cabia ao *parquet*, na hipótese, comprovar que as irregularidades apontadas foram perpetradas com fim ilícito (benefício próprio ou de terceiros) e consciente por parte dos demandados, ou seja, prova segura e convincente de que os envolvidos agiram de forma desonesta, com má-fé e intenção de infringir a lei e atentar contra os princípios constitucionais da Administração, já que “a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade” (artigo 17-C, § 1º, da LIA).

Exatamente por isso, impõe-se distinguir a mera ilegalidade, sanável por meio dos instrumentos ordinários de controle da administração, da improbidade administrativa propriamente dita.

Logo, no presente caso, como não se observou de forma clara e inequívoca a presença do elemento subjetivo caracterizador do ato ímprobo, considerando a ausência de demonstração efetiva de dano ao erário público, de eventual não prestação dos serviços contratados e/ou superfaturamento, conluio



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

entre as partes envolvidas com fim ilícito, não há que se falar em ato de improbidade administrativa, não se enquadrando as condutas dos recorrentes nas figuras específicas listadas nos artigos 10 e 11, da Lei n.º 8.429/92, o que afasta a aplicação de qualquer sanção prevista no artigo 12 do mesmo diploma, sendo de rigor acolher os recursos dos réus para ser julgada improcedente a ação.

Não há condenação de custas e demais encargos sucumbenciais em face do autor, Ministério Público, “ex vi” o art. 18 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985).

Ante o exposto, pelo meu voto acolho os embargos de declaração para sanar omissão e, em reexame da matéria, altero os fundamentos do acórdão para dar provimento aos apelos dos réus e julgar improcedente a ação, consoante especificado.

OSVALDO MAGALHÃES
Relator